

O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E
O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL A
PARTIR DA LEI 13.431/2017: TESES
PROCESSUAIS E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

*THE CRIME OF RAPE IN VULNERABLE VICTIMS
AND THE TOTAL PROTECTION PRINCIPLE FROM THE
PERSPECTIVE OF LAW 13.431/2017: PROCEDURAL THE-
SES AND JURISPRUDENTIAL REVIEW*

O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL A PARTIR DA LEI 13.431/2017: TESES PROCESSUAIS E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL¹

THE CRIME OF RAPE IN VULNERABLE VICTIMS AND THE TOTAL PROTECTION PRINCIPLE FROM THE PERSPECTIVE OF LAW 13.431/2017: PROCEDURAL THESES AND JURISPRUDENTIAL REVIEW

*Dornieri Lemos Diógenes Pinto Mota²
Anna Gabriella Pinto da Costa³*

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar as teses alegadas em sede de defesa com relação ao crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal e da aplicação da Lei nº 13.431/2017. Inicialmente, apresentam-se considerações acerca da violência sexual e da Lei da Escuta Protegida enquanto efetivação do princípio da proteção integral. Em seguida, a partir de uma análise jurisprudencial, examinam-se ainda teses processuais de defesa do crime de estupro de vulnerável. A partir de uma pesquisa de natureza bibliográfica e jurisprudencial, constatou-se que a existência de limitações probatórias com relação ao crime de estupro de vulnerável não impede a condenação.

Palavras-chave: Violência sexual; Crianças e adolescentes; Lei nº 13.431/2017; Análise jurisprudencial.

¹ Data de Recebimento: 30/08/2021. Data de Aceite: 09/11/2021.

² Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Tecnologia de Palmas (FTP), pós-graduando em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Escola Superior do Ministério Público (ESMP), graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), servidor do Ministério Público do Estado do Ceará. E-mail: dornieri@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5651682409407302>. ORCID: 0000-0003-3695-761

³ Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Pós graduanda em Curso Especialização Interdisciplinar dos Direitos da Criança e do Adolescente pela Universidade Estadual do Ceará. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela FTP. Bacharel em Direito pela UniChristus. Servidora do Ministério Público do Estado do Ceará. E-mail: gabi.costa@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8179270901983688> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1639-4564>

1 INTRODUÇÃO

A violência sexual representa um ato atentatório ao direito humano e ao desenvolvimento sexual da criança e do adolescente, praticado por uma pessoa que se encontra em uma situação de poder e de desenvolvimento sexual desigual em relação a crianças e adolescentes. De acordo com o Balanço Geral do Disque 100, disponibilizado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, entre os anos de 2011 e 2018, foram registradas 191.679 (cento e noventa e um mil e seiscentas e setenta e nove) denúncias de violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil. Em 2019, a população de crianças e adolescentes no Brasil era de, aproximadamente, 53 (cinquenta e três) milhões, fazendo com que a quantidade de denúncias represente o equivalente a este quantitativo representa, aproximadamente, 0,061% da população infanto-juvenil.

Com o objetivo de efetivar o princípio da proteção integral, foi promulgada a Lei nº 13.431/2017, a qual representa um reforço dos mecanismos para o enfrentamento à violência contra crianças e adolescentes, fixando um conjunto de conceitos, regras e procedimentos atinentes ao atendimento de vítimas ou testemunhas de violência. Entretanto, neste cenário protetivo, é possível identificar teses processuais que buscam impedir, em sede de defesa do acusado, a comprovação da ocorrência do crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal.

Assim, este artigo tem como objetivo apresentar um estudo sobre as principais teses de defesa processual que alegam a impossibilidade de comprovação do crime de estupro de vulnerável. Para tanto, foi realizada pesquisa de natureza bibliográfica e jurisprudencial.

Inicialmente, conceitua-se violência de crianças e adolescentes, com ênfase na violência sexual, a partir de previsões legais. Em seguida, apresenta-se a doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes e a edição da Lei nº 13.431/2017 como um subsistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas de violência.

Por fim, a partir de uma análise jurisprudencial, analisam-se determinadas teses alegadas em sede de defesa com relação ao crime de estupro de vulnerável, dentre elas a suposta nulidade processual por ausência de escuta especializada, a alegação de falsas memórias em relato de criança ou adolescente vítima de violência e a desclassificação do crime de estupro de vulnerável para o crime de importunação sexual.

2 VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: BREVES CONSIDERAÇÕES

A Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC) estabelece que Estados devem

envidar todos os esforços para evitar que crianças e adolescentes⁴ sejam vítimas de qualquer tipo de violência. Do mesmo modo, o art. 227 da Constituição Federal⁵ e o art. 5º do ECA⁶ convocam a família, a sociedade, e o Estado a serem vigilantes e protegerem crianças e adolescentes de qualquer tipo de violência.

De forma geral, a violência contra crianças e adolescentes pode ser compreendida como todo ato, de qualquer natureza, atentatório à dignidade humana da criança ou adolescente, praticado por agente em situação de poder e de desenvolvimento desigual em relação a esta (CARVALHO, PAIVA, ROSENO, 2007). Especificamente no que diz respeito à violência sexual contra crianças e adolescentes, o conceito desenvolvido por Carvalho, Paiva e Roseno (2007, p. 109) afirma a sexualidade como um direito, bem como de garanti-lo e protege-lo de formas diferentes, de acordo com o desenvolvimento gradual da sexualidade.

De acordo com o art. 4º, inciso III da Lei nº 13.431/2017, violência sexual engloba qualquer conduta que constranja criança ou adolescente a praticar ou presenciar conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso, incluindo a exposição do corpo em foto ou vídeo, seja por meio eletrônico ou não, que compreenda abuso sexual⁷, exploração sexual comercial⁸ e tráfico de pessoas⁹.

Trata-se de uma violação aos direitos humanos de crianças e adolescentes, que têm o direito a um desenvolvimento harmonioso e com a sexualidade protegida de qualquer ato praticado por alguém em situação de poder e desenvolvimento sexual desigual.

3 DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A LEI Nº 13.431/2017

A doutrina da proteção integral, inicialmente consagrada na Convenção Internacio-

4 De acordo com a Convenção sobre os Direitos da Criança, considera-se criança sujeitos com idade entre zero e 18 (dezoito) anos, o que no Brasil representa crianças (com idade até 12 anos incompletos) e adolescentes (com idade entre 12 e 18 anos incompletos).

5 Art. 227, Constituição Federal. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

6 Art. 5º, ECA. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

7 Art. 4º, III, “a”, Lei nº 13.431/2017. Abuso sexual, entendido como toda ação que se utiliza da criança ou do adolescente para fins sexuais, seja conjunção carnal ou outro ato libidinoso, realizado de modo presencial ou por meio eletrônico, para estimulação sexual do agente ou de terceiro.

8 Art. 4º, III, “b”, Lei nº 13.431/2017. Exploração sexual comercial, entendida como o uso da criança ou do adolescente em atividade sexual em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação, de forma independente ou sob patrocínio, apoio ou incentivo de terceiro, seja de modo presencial ou por meio eletrônico.

9 Art. 4º, III, “c”, Lei nº 13.431/2017. Tráfico de pessoas, entendido como o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da criança ou do adolescente, dentro do território nacional ou estrangeiro, com o fim de exploração sexual, mediante ameaça, uso de força ou outra forma de coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade, aproveitamento de situação de vulnerabilidade ou entrega ou aceitação de pagamento, entre os casos previstos na legislação.

nal sobre os Direitos da Criança e da ONU (1989), designa um sistema de princípios e garantias no qual crianças e adolescentes são considerados sujeitos de direito, devendo ser respeitada sua condição peculiar de desenvolvimento e ter garantida a prioridade absoluta na efetivação dos seus direitos e na proteção de qualquer forma de negligência, exploração, violência ou opressão.

No Brasil, na década de 80, após forte mobilização social no período de redemocratização, a representação social¹⁰ da infância e da juventude que prevaleceu nas votações da Assembleia Constituinte defendia crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direito, concretizando, assim, a quebra de paradigma da doutrina da situação irregular para a doutrina da proteção integral (PINHEIRO, 2006, p. 84).

Assim, com o advento da Constituição de 1988 e, posteriormente, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), crianças e adolescentes passam a ser tratados enquanto sujeitos de direitos, passando a ter respeitada a condição peculiar de desenvolvimento, implicando no reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais e garantias constitucionais e admitindo a particularidade de cada fase de desenvolvimento (COSTA, 2020, p. 182).

Segundo Liberati (2006, p. 27), “pela primeira vez na história das Constituições brasileiras, o problema da criança é tratado como uma questão pública e abordado de forma profunda, atingindo, radicalmente, o sistema jurídico”. Significa dizer que, antes da Constituição de 1988, crianças e adolescentes eram considerados objetos de tutela do Estado e da família, cuja situação de vulnerabilidade ou instabilidade familiar obtinha do Poder Judiciário uma solução assistencialista e conservadora. O sistema jurídico foi atingindo, uma vez que passou a prever direitos e garantias processuais, como a observância do contraditório e ampla defesa, além de elevar a política social da infância pobre para uma política pública protetiva, e não assistencialista.

A previsão de princípios, competências e diretrizes que norteiam a política de atendimento de crianças e adolescentes resultou na instituição do chamado Sistema de Garantia de Direitos. De acordo com o art. 1º da Resolução nº 113 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA¹¹), o objetivo desse sistema é efetivar a Doutrina da Proteção Integral através da articulação e integração de órgãos públi-

10 Dentre as instituições que trabalharam e contribuíram para a construção da Constituição de 1988, especificamente com a apresentação das emendas “Criança Prioridade Nacional” e “Criança Constituinte”, que ensejaram no art. 227, cita-se: o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e a Pastoral do Menor (MOCELIN, 2016, p. 21).

11 O CONANDA é um órgão colegiado permanente de caráter deliberativo e composição paritária, previsto no artigo 88 da ECA, composto por 28 conselheiros titulares e 28 suplentes, sendo 14 representantes do Poder Executivo Federal e 14 representantes de entidades não-governamentais que possuem atuação, em âmbito nacional, na promoção e defesa dos direitos de crianças e adolescentes.

cos e organizações da sociedade civil, com a aplicação de instrumentos normativos e mediante mecanismos de promoção, defesa e controle em todos os níveis da federação.

No que diz respeito às crianças e adolescentes vítimas de violência, não havia parâmetros legais para que essa oitiva fosse realizada, embora, em âmbito internacional, a Convenção dos Direitos da Criança já garantisse o direito de a criança ser ouvida, tendo sua opinião levada em consideração em todo o processo judicial ou administrativo. Em 2000, foi adotado o Protocolo Facultativo para a Convenção dos Direitos da Criança, o qual reconheceu a importância de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência serem protegidos em todas as fases do processo judicial criminal, levando-se em consideração sua opinião, fornecendo informações e garantindo apoio e proteção (VALSANI; MATOSINHOS, 2017, p. 19).

No mesmo ano, foi aprovado e lançado pelo CONANDA o Plano Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, tendo sido revisado e relançado em 2014. Na ocasião da elaboração e lançamento do referido Plano, foi instituído o Comitê Nacional de Enfrentamento a Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, responsável pelo seu monitoramento.

Trata-se de um conjunto de diretrizes, de longo prazo, com o objetivo de articular e integrar ações entre órgãos públicos e entidades não governamentais para cessar a violência e resguardar direitos no atendimento de crianças e adolescentes vítimas de violência.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação nº 33/2010, estabelecendo orientações aos Tribunais de Justiça sobre a realização de depoimento de crianças e adolescentes a partir da implantação de um sistema de videogravação em ambiente separado da audiência, da realização de escuta de crianças e adolescentes por profissionais capacitados, dentre outras medidas. Reconheceu-se, assim, a necessidade de um tratamento especial e protetivo para crianças e adolescentes vítimas de violência, no âmbito processual.

Nessa esteira, a Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, representa um reforço dos mecanismos para enfrentar a violência contra crianças e adolescentes, prevendo um conjunto de conceitos, regras e procedimentos referentes ao atendimento de vítimas de violência, estabelecendo-se, assim um subsistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, sendo primeira norma brasileira a conceituar violência contra crianças e adolescentes.

Também estabeleceu normas e diretrizes para a realização de escuta especializada e depoimento especial, com o objetivo de reduzir a revitimização de crianças e adolescentes vítimas de violência, incluindo a violência institucional, descrevendo-a como aquela praticada por instituição pública ou conveniada.

A escuta especializada, prevista no art. 7º, da Lei 13.431/17, tem como finalidade entrevistar a criança ou adolescente em um órgão da rede de proteção com o objetivo de garantir sua proteção. Logo, o relato da criança ou adolescente abrangerá apenas o necessário para garantir sua proteção física, psicológica e social. Já o depoimento especial¹², previsto no art. 8º, do aludido diploma normativo, refere-se à oitiva da criança ou adolescente vítima de violência pela autoridade policial e judiciária, com o objetivo de produção de provas. Aqui, o relato da criança ou adolescente deve ocorrer apenas uma vez, com a condução de profissionais capacitados que garantam sua proteção, impeçam a revitimização e permitam a coleta de detalhes da violência sofrida.

No que diz respeito à violência sexual, o Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de fevereiro de 1940, ratifica a criminalização dos atos contra a dignidade sexual infanto-juvenil. Nesse estudo, será dada ênfase ao crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal, e algumas teses utilizadas pela defesa pra impedir a condenação pelo referido crime.

4 TESES PROCESSUAIS DA DEFESA REFERENTES AO CRIME DE ESTU- PRO DE VULNERÁVEL

Desde 2009, o Código Penal tipifica como crime de estupro de vulnerável a conjunção carnal ou outro ato libidinoso praticado contra criança ou adolescente com idade inferior a 14 (catorze) anos. Significa dizer que o legislador, com a atribuição deste critério etário, conduz ao entendimento de crianças e adolescentes não possuem a autonomia plena para o exercício do seu direito à sexualidade, impossibilitando o consentimento para uma relação sexual.

A vulnerabilidade prevista no artigo está ligada à ideia de ausência de maturidade psicológica para compreender o caráter lascivo do ato sexual. De acordo com Nucci (2008, p. 829), a vulnerabilidade contida no artigo 217-A refere-se à “capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade para consentir.”

12 O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução nº 299/2019, determinando que os tribunais de todo o país apresentassem ao CNJ, até junho de 2020, estudos para criar varas especializadas destinadas a receber processos que envolvam crianças. Em 2020, a Resolução nº 88/2021 do CNJ recomendou aos Tribunais de Justiça dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios a utilização de ferramentas tecnológicas de baixo custo para a instalação de salas de depoimento especial de que trata a Resolução nº 299/2019. Especificamente, no que diz respeito ao Estado do Ceará, apenas na capital Fortaleza há uma sala de depoimento especial, tendo sido apresentado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará um projeto com previsão de implementação de 35 (trinta e cinco) salas, que somente deve ser concluída em 2023. Enquanto isso, existem 20 (vinte) entrevistadores forenses responsáveis por auxiliar juízes na realização do depoimento especial em todo o Estado do Ceará.

Neste cenário, há discussões jurídicas acerca deste tipo penal, as quais serão analisadas nos próximos tópicos, a partir de uma análise jurisprudencial.

4.1 Da eventual nulidade da audiência de oitiva da vítima sem sala especial e sem profissional da área social.

A tese de nulidade de audiência de oitiva da vítima por não haver sala especial ou profissional da área em suposta ofensa à lei 13.431/2017 e à Recomendação 33/2010 do Conselho Nacional de Justiça não deve prosperar como tese ou argumento jurídico em razão da ausência de prejuízo à da criança ofendida, tampouco prejuízo à defesa do acusado.

Os tribunais têm enfrentado a alegação nulidade processual da audiência de oitiva de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual prestada em sede policial sem sala especial, contrariando dispositivos legais de proteção à infância. Esta tese de nulidade processual não se sustenta, pois não encontra amparo processual, não constituindo hipótese prevista no art. 564 do Código de Processo Penal, o que afasta alegativa meramente protelatória da defesa com vistas a tornar nulo crime que merece toda a reprimenda do Estado.

A falta de audiência de oitiva em sala especial não tem o condão de macular a legalidade das declarações da vítima ofendida, não havendo dispositivo legal e/ou recomendação do Conselho Nacional de Justiça, visando amenizar e diminuir as dores físicas e psicológicas das vítimas. Assentada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça declara que não há prejuízo em desfavor da vítima na ausência de oitiva especial, sendo, portanto, válidas suas declarações, conforme julgado:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. NULIDADE. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA DA VÍTIMA, DE SUA GENITORA E DO PACIENTE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. VÍTIMA E GENITORA QUE OPTARAM PELO DEPOIMENTO PERANTE O JUÍZO, DISPENSANDO OITIVA ESPECIAL, NOS TERMOS DA RECOMENDAÇÃO N. 33/CNJ. AUSÊNCIA DE OITIVA DO PACIENTE PERANTE A PSICÓLOGA DESIGNADA PELO JUÍZO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. O Conselho Nacional de Justiça, considerando o disposto no art. 227 da Constituição Federal, na Convenção Internacional sobre os

Direitos da Criança e nas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a necessidade de viabilizar maior confiabilidade na produção de provas testemunhais, na busca da verdade e na responsabilização penal de agressores, editou a Recomendação n. 33/2010, no intuito de recomendar aos Tribunais a adoção de providências para implementar procedimentos de colheita especial de prova oral, evitando-se, notadamente em casos como o presente, a revitimização do ofendido, ocorrida em decorrência de sucessivas inquirições sobre o mesmo fato, seja na fase investigatória seja na processual. **2. Os mecanismos de “Escuta Especializada” estão colocados à disposição e discricionariedade das vítimas e testemunhas de violência para o seu devido resguardo, não sendo plausível o reconhecimento de suposta nulidade em virtude da sua não realização, quando a vítima ou testemunha efetivamente deseja depor perante o Juízo, como ocorreu na espécie, não se podendo retirar a validade das declarações colhidas perante o magistrado, mormente quando respeitados o contraditório e a ampla defesa. 3. Nos termos do parecer do Ministério Público Federal, a inquirição especial a que alude a Recomendação n. 33/CNJ constitui “medida de proteção que deve ser utilizada, exclusivamente, em benefício da vítima, não sendo razoável admitir - diferentemente daquilo que pretende aqui a Defesa - que a ausência de tal procedimento seja tomada em seu desfavor”. 4. Na hipótese, nenhum benefício à defesa adviria da realização de entrevista do paciente com a psicóloga designada pelo Juízo, haja vista que, como ressaltado pela profissional, “a entrevista [teria o objetivo] de ouvi-lo a respeito do suposto ocorrido e não uma função psicodiagnóstica”, de maneira que, consoante consignou o Tribunal de origem, nada mais poderia ser obtido além do que se obteve com a instrução, notadamente o interrogatório do paciente e a “longa e detalhada prova oral defensiva”. 5. O princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, o que não ocorreu na espécie. 6. Habeas corpus denegado. (HC 422.635/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 12/03/2019) (Grifos nossos)**

Desta feita, qualquer inconformismo com relação a estas alegações merece atuação em ação civil coletiva por parte dos órgãos legitimados no art. 5º da Lei

7.347/1985 e, portanto, fora da órbita do processo penal, de modo que devem ajuizar ação cível adequada para resguardar interesses e princípios dispostos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, obrigando o Poder Público a cumprir os dispositivos reclamados.

Ainda nesse sentido, o parágrafo único do art. 2º e o art. 16 da lei 13.431/2017 destaca:

Art. 2º (...)

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios desenvolverão políticas integradas e coordenadas que visem a garantir os direitos humanos da criança e do adolescente no âmbito das relações domésticas, familiares e sociais, para resguardá-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, abuso, crueldade e opressão.

Art. 16. O poder público poderá criar programas, serviços ou equipamentos que proporcionem atenção e atendimento integral e interinstitucional às crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, compostos por equipes multidisciplinares especializadas. Parágrafo único. Os programas, serviços ou equipamentos públicos poderão contar com delegacias especializadas, serviços de saúde, perícia médico-legal, serviços socioassistenciais, varas especializadas, Ministério Público e Defensoria Pública, entre outros possíveis de integração, e deverão estabelecer parcerias em caso de indisponibilidade de serviços de atendimento.

Portanto, não se vislumbra qualquer nulidade no depoimento da criança ou adolescente vítima de infração penal, devendo o Poder Público desenvolver política para resguardar as vítimas dos danos outrora sofridos em consonância com os direitos e garantias destacadas no art. 5º da Lei 13.431/2017.

Ser resguardado e protegido de sofrimento, com direito a apoio, planejamento de sua participação, prioridade na tramitação do processo, celeridade processual, idoneidade do atendimento e limitação das intervenções; ser ouvido em horário que lhe for mais adequado e conveniente, sempre que possível e ser assistido por profissional capacitado e conhecer os profissionais que participam dos procedimentos de escuta especializada e depoimento especial são alguns dos principais direitos reconhecidos a crianças e adolescentes vítimas de violência.

Não se admite que a vítima menor tenha contato, ainda que visual, com o suposto autor ou acusado, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangi-

mento, devendo a autoridade policial e judiciária preservar o local para impedir contato com o agente agressor, conforme disposto no art. 9º e 10 da lei.

4.2 “Falsas memórias” em relato de criança ou adolescente vítima de violência

Também é possível identificar, em tese de defesa, a tentativa de desqualificar as declarações da principal vítima de estupro de vulnerável sob o fundamento da pouca idade. Ainda que haja discussão relevante sobre o tema, o magistrado deve observar, durante o curso do processo, os indícios, as provas testemunhais, o depoimento da vítima que, na maioria dos casos, trazem riqueza de detalhes.

O ato libidinoso consiste numa conduta criminosa que tem sua materialidade difícil de ser constatada, pois, em muitos casos, o sujeito passivo do crime não deixa vestígios físicos na vítima, como rompimento de hímen, edemas, vermelhidões, auferidos por perícia médica, mas sim graves danos psicológicos. De acordo com Masson (2017, p. 65-66) o ato libidinoso é o revestido de conotação sexual, a exemplo do sexo oral, do sexo anal, dos toques íntimos, da introdução de dedos ou objetos na vagina ou no ânus, da masturbação etc.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou entendimento acerca das declarações da vítima de estupro de vulnerável como prova que embasa a condenação, uma vez, em grande parte dos casos, os delitos são perpetrados às escondidas e podem não deixar vestígios *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT INDEFERIDO LIMINARMENTE. PEDIDO CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. VIA INCOMPATÍVEL. REGIME PRISIONAL FECHADO. ILEGALIDADE. AUSENTES CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESABONADORAS. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 3. O estupro de vulnerável se consuma independentemente da conjunção carnal e de vestígios, conforme jurisprudência consolidada. In casu, o exame de corpo de delito ocorreu sete dias depois dos fatos, ocasião em que haviam desaparecido as lesões corporais na vítima - então com 4 anos de idade - outrora visualizada por parentes. 4. A Corte estadual afastou a tese de negativa de autoria, valendo-se dos depoimentos colhidos em assentada - relato da perita judicial e testemunhos

dos parentes -, da oitiva da própria criança pela autoridade policial e das lesões reportadas no laudo técnico (hiperemia em genitais externos e em orla himenal compatível com vulvovaginite inespecífica), vinculadas ao tipo de agressão referido na exordial. (...) (AgRg no HC 581.956/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 21/09/2020) (Grifou-se)

O legislador quis reprimir condutas que violam a dignidade sexual de crianças, merecendo a reprimenda necessária do Estado garantidor dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, não prevalecendo o *in dubio pro reo*, sendo incabíveis, portanto, a culpa e responsabilização imputadas à vítima, desqualificando-a como única prova do crime de estupro de vulnerável.

A tese de falta de indícios da existência do crime não deve prevalecer, quando a segura palavra da vítima, os depoimentos testemunhais e os relatórios de profissionais especialistas na saúde mental oferecerem suporte probatório suficiente para a condenação criminal, de modo que a oitiva da vítima deve ser realizada por meio de depoimento especial, procedimento que deve ser realizado uma única vez (art. 11, §2º, da Lei 13.431), preservando a integridade da prova e a memória da parte ofendida.

Não raras vezes, o decurso do tempo faz desaparecer ou alterar o depoimento real e instantâneo da vítima, de modo que a lei visa a evitar maiores traumas e o fenômeno do processo de revitimização, que, geralmente, ocorre com as reiteradas declarações das vítimas em outras fases processuais.

4.3 Desclassificação do crime de estupro de vulnerável para importunação sexual

Uma discussão necessária consiste na conduta praticada pelo infrator do tipo penal inscrito no art. 217-A (estupro de vulnerável)¹³ do Código Penal que não pode ser confundida com a descrição própria do art. 215 (importunação sexual)¹⁴ do mesmo diploma normativo. Em uma breve análise hermenêutica, é elementar da norma penal do estupro de vulnerável praticar ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo, portanto, a reduzida idade para configuração do crime, ausente a especificidade de idade quanto ao crime de importunação sexual presente no art. 215 que não exige limite máximo para a tutela jurídica da dignidade sexual de crianças menores do limite fixado pela lei.

13 Art. 217-A, Código Penal. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

14 Art. 215-A, Código Penal. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Portanto, não se mostra viável a desclassificação do crime de estupro de vulnerável para o de importunação sexual em eventual ação penal pela defesa de um acusado de estupro contra menor de 14 anos, já que o legislador assim não o desejou, uma vez que a norma não foi revogada, sendo a primeira específica para menores de catorze anos, conforme julgados do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. RESSALVA DE ENTENDIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. **Diante da inovação legislativa, apresentada pela Lei n. 13.718, de 24 de setembro de 2018, foi criada a figura da importunação sexual, prevista no art. 215-A do Código Penal. No entanto, tem prevalecido o entendimento de não ser possível o reenquadramento de condutas como a descrita nestes autos, envolvendo pessoa menor de 14 anos. 2. Ressalvo meu ponto de vista, porém mantenho o entendimento de ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da impossibilidade de desclassificação, quando se tratar de vítima menor de 14 anos. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 584.799/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 30/06/2020) (Grifou-se)**

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. **CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E AMEAÇA. INDEFERIMENTO MOTIVADO DA PRODUÇÃO DE LAUDO PSICOSSOCIAL DA VÍTIMA E DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA NO LOCAL DOS FATOS. FACULDADE DO MAGISTRADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECONHECIMENTO DA MODALIDADE TENTADA. INVIABILIDADE. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL COM MENOR DE 14 ANOS. CRIME CONSUMADO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO. (...)** 3. **Na hipótese, as instâncias ordinárias indeferiram motivadamente as diligências defensivas consistentes na realização de laudo psicossocial da**

vítima, menor de 14 anos à época dos fatos, e da produção de laudo pericial no local dos fatos, o que demonstra a inexistência de ilegalidade. 4. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido da impossibilidade de desclassificação da figura do estupro de vulnerável para o crime de importunação sexual, tipificado no art. 215-A do Código Penal, uma vez que referido tipo penal é praticado sem violência ou grave ameaça, e, ao contrário, o tipo penal imputado ao paciente (art. 217-A do Código Penal) inclui a presunção absoluta de violência ou grave ameaça, por se tratar de menor de 14 anos de idade. Precedentes. Ressalva do ponto de vista do Relator. 5. A prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal contra vulnerável constituiu consumação do delito de estupro de incapaz, não havendo se falar em tentativa ou desclassificação da conduta. Precedentes (HC 568.088/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 2/6/2020, DJe de 10/6/2020). 6. Habeas corpus não conhecido. (HC 561.399/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 30/06/2020) (Grifou-se)

Em relação à autoria e responsabilidade penal do criminoso, as declarações da vítima e as provas testemunhais são suficientes para embasar condenação, uma vez que são crimes praticados longe da presença de terceiros, de modo que a palavra da vítima, apesar de contar com pouca idade, ganha especial relevo, principalmente quando são coerentes e seguras mesmo após grande lapso tempo entre depoimento em sede policial e em juízo.

Em sentido contrário, vale ressaltar decisão isolada da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. A matéria intitulada “Estupro de vulnerável só ocorre quando há conjunção carnal, diz TJ-SP”¹⁵, publicada no site Consultor Jurídico, veiculou um caso, que tramita em sigilo, no qual o réu fora condenado em primeira instância a 18 anos de detenção depois de molestar sexualmente sua sobrinha, tendo o Tribunal reformado a sentença, para condenar o homem a um ano e quatro meses, em regime aberto. A pena foi substituída por prestação de serviços à comunidade.

Para a corte paulista, se não houve “conjunção carnal”, não haveria enquadramento ao crime de estupro de vulnerável, mas sim ao crime de importunação sexual, contrariando, portanto, jurisprudência já consolidada do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e

15 Estupro de vulnerável só ocorre quando há conjunção carnal, diz TJSP. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-02/estupro-vulneravel-ocorre-quando-conjuncao-carnal-tj-sp>. Acesso em: 12 mar 2021.

pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, conforme HC 134.591. O Tribunal firmou entendimento sobre o assunto por meio da súmula 593, *in verbis*:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Não se sustentam decisões *contra legem*, vez que em razão do princípio da especialidade o crime de importunação sexual é praticado sem a elementar da reduzida idade da vítima praticados mediante violência ou grave ameaça, com finalidade lasciva, sucedâneo ou não da conjunção carnal, evidenciando-se com o contato físico entre agressor e ofendido¹⁶.

O entendimento do STJ destaca ainda que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos art. 213 e art. 217-A do CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e vítima¹⁷. Nesse sentido, colaciona-se jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará sobre o crime de estupro de vulnerável:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CRIME CONTINUADO. ART. 214 C/C ART. 224, A C/C ART. 71, TODOS DO CP. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. DESCABIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA

16 No mesmo sentido: AgRg no AREsp 1516556/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 05/12/2019; HC 471852/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 15/03/2019; AgRg nos EDcl no AREsp 1225717/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 06/03/2019; AgRg no REsp 1671953/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 04/12/2017; REsp 1365215/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 10/08/2017; AgRg no REsp 1567620/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 03/08/2016.

17 No mesmo sentido: AgRg no REsp 1819419/MT, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 24/09/2019; RHC 70976/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016. REsp 1829139/PR (decisão monocrática), Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/06/2020, publicado em 22/06/2020; RE nos EDcl no AgRg no REsp 1819419/MT (decisão monocrática), Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, MINISTRO PRESIDENTE DO STJ, julgado em 21/05/2020, publicado em 25/05/2020; AREsp 1626775/RS (decisão monocrática), Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2020, publicado em 22/05/2020; AREsp 1549733/MS (decisão monocrática), Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, MINISTRO PRESIDENTE DO STJ, julgado em 20/08/2019, publicado em 27/08/2019; (Vide Informativo de Jurisprudência N. 587)

DELITIVA COMPROVADAS. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. PENA DE 7 ANOS DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO PARA APLICAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVO-SO. RETIFICAÇÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. **A palavra da vítima, em crimes desse jaez, normalmente praticados na clandestinidade e sem testemunhas presenciais, ganha especial relevância, servindo de elemento de convicção quando em harmonia com as demais provas colhidas, como ocorreu no caso em tela.** (...) 3. Descabe falar-se em desclassificação da conduta para a figura da contravenção penal do art. 65 da LCP, vez que tais condutas típicas não se confundem, e a consumação do delito de atentado violento ao pudor contra vulnerável restou comprovada. (...) 5. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ-CE - APR: 00110353420088060001 CE 0011035-34.2008.8.06.0001, Relator: LIGIA ANDRADE DE ALENCAR MAGALHÃES, Data de Julgamento: 06/10/2020, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: **06/10/2020**) (Grifou-se)

Vale repisar recente entendimento do STJ, o HC 478.310, da relatoria do Ministro Rogério Schietti, julgado em 09/02/2021, quando o acusado dos atos libidinosos pratica o crime ainda que não tenha tido contato físico com a vítima, através de meios eletrônicos, devendo ser enquadrado na conduta típica do art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em concurso com o art. 217-A do Código Penal, a saber:

Art. 241-A, ECA. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Estupro de vulnerável

Art. 217-A, Código Penal. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Desta forma não cabe a tese de atipicidade de conduta em razão da falta de contato físico entre o acusado e a vítima, conforme entendimento majoritário da doutrina e da

jurisprudência, de forma que o contato físico direto é prescindível para consumação da infração penal e conseqüentemente para a manutenção do decreto prisional do acusado, constatado pelo nexo causal entre o ato praticado pelo acusado, destinado à satisfação da sua lascívia, e o efetivo dano à dignidade sexual sofrido pela ofendida.

Por outro lado, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça afastou, de forma excepcional, a presunção de ocorrência de estupro de vulnerável no caso de um adolescente condenado por manter relações sexuais com menor de 14 anos, *in verbis*:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RESP REPETITIVO 1.480.881/PI E SÚMULA 593/STJ. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO. 2. ART. 217-A DO CP. SIMPLES PRESUNÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIR. CRITÉRIO MERAMENTE ETÁRIO. RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO. 3. AUSÊNCIA DE TIPCIDADE MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL. FORMAÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR COM FILHO. HIPÓTESE DE DISTINGUISHING. 4. CONDENAÇÃO QUE REVELA SUBVERSÃO DO DIREITO PENAL. COLISÃO DIRETA COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA DO JUSTO. (...) DESESTRUTURAÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR. OFENSA MAIOR À DIGNIDADE DA VÍTIMA. 8. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO. (...) 9. EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL COM FILHO. ABSOLUTA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA E DO MENOR. ABSOLVIÇÃO PENAL QUE SE IMPÕE. ATIPICIDADE MATERIAL RECONHECIDA. 10. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) 3. Um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado. De fato, trata-se de dois jovens namorados, cujo relacionamento foi aprovado pelos pais da vítima, sobrevivendo um filho e a efetiva constituição de núcleo familiar. Verifica-se, portanto, particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto, sendo necessário proceder ao distinguishing ou distinção. 4. A condenação de um jovem de 20 anos, que não

oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 14 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. (...) (HC n. 94163, Relator Min. Carlos Britto, julgado em 2/12/2008, DJe 22/10/2009). (AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021). 10. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1919722/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021) (grifos nossos)

In casu o ministro Reynaldo Soares da Fonseca afastou a tipicidade material penal em virtude da aplicação de um *distinguishing* ao caso concreto, ponderando a relevância social de uma pena de 14 anos de reclusão e o princípio da dignidade da pessoa humana, priorizando ainda a entidade familiar, o que acabaria, se a decisão não fosse revista, por deixar a jovem e o filho de ambos desamparados materialmente e emocionalmente cujo relacionamento fora aprovado pelos pais da vítima, sobrevivendo um filho e a efetiva constituição de núcleo familiar.

A decisão judicial acertada leva em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, aspecto distinto da mera “subsunção” fria do caso concreto ao texto da norma (“moldura da norma”), o que poderia gerar profundas injustiças, desvirtuando a finalidade da lei penal e violando diversos outros princípios, como o da absoluta proteção da criança e do adolescente, já que do relacionamento sobreveio um filho, tendo sido inclusive aprovado pelos pais da vítima, e o da ofensividade (ou lesividade).

5 CONCLUSÃO

Analisou-se que o princípio da proteção integral trazida pela Lei 13. 431/17 está em consonância com os entendimentos jurisprudenciais firmados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), de modo que a escuta especializada e o depoimento especial condizem com o sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes, considerando que eles precisam ser ouvidos por profissionais especializados na área, evitando a revitimização do dano físico e/ou psicológico outrora sofrido.

Discutiu-se, ainda, teses processuais alegadas em sede de defesa do crime de estupro de vulnerável, como eventual nulidade da audiência de oitiva da vítima sem sala especial e sem profissional da área social, alegação da tese defensiva de “falsas memórias” em relato de criança ou adolescente vítima de violência e a tese da desclassificação do

crime de estupro de vulnerável para importunação sexual, de sorte que a jurisprudência atual do STJ firmou entendimentos que atendem aos princípios de tutela de crianças e adolescentes como vítimas de infrações penais que atentam contra a dignidade sexual.

Desta forma, a partir dessas teses, concluiu-se que as limitações probatórias do crime de estupro de vulnerável não impedem a condenação pelo delito, principalmente quando diz respeito à ausência de escuta especializada ou a partir da alegação de “falsas memórias” da criança ou do adolescente vítima de violência, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Ainda que a prova material do crime de estupro de vulnerável seja de difícil constatação por ausência de prova pericial, principalmente em atos libidinosos, o magistrado deve ter sensibilidade de julgar a questão com base em demais indícios presentes nos autos, pois a infração penal é praticada, na maioria das vezes, sob coação e mediante grave ameaça, longe do olhar de qualquer testemunha, situação agravada por ausência de órgãos de perícia em municípios mais afastados dos grandes centros urbanos.

A lei 13.431/17 busca precipuamente preservar a criança ou adolescente vítima de violências diversas em um ambiente adequado e multidisciplinar cujos órgãos de saúde, assistência social, educação, segurança pública e justiça adotarão procedimentos necessários à revelação espontânea da violência como reza § 2º do art. 4º da norma.

No que tange à conduta do art. 215 (importunação sexual) não há espaço para maiores digressões ou discussões, vez que o dispositivo é norma geral ante o caráter específico do art. 217-A, não podendo haver desclassificação em virtude do recorte etário conferido pelo legislador, o que impede interpretações diversas, já que a jurisprudência entende que haverá crime independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima.

Portanto, a análise do caso concreto será o ponto inicial para um julgamento justo e condizente à prática, ou não, do crime de estupro de vulnerável, de modo que a ausência de salas especiais em milhares de municípios brasileiros não pode ser óbice para o devido processo legal nem tampouco causa de nulidade processual.

THE CRIME OF RAPE IN VULNERABLE VICTIMS AND THE TOTAL PROTECTION PRINCIPLE FROM THE PERSPECTIVE OF LAW 13.431/2017: PROCEDURAL THESES AND JURISPRUDENTIAL REVIEW

ABSTRACT

This article aims to analyze possible legal implications regarding the crime of rape in vulnerable victims, mentioned by art. 217-A of the Penal Code and the enforcement of

Law nº. 13.431/2017. Initially, considerations about sexual violence and the protected listening's law are presented as the accomplishment of the principle of total protection. Then, based on a jurisprudential review, procedural theses for the defense of the crime of rape in vulnerable victims are examined. From the perspective of a bibliographic and jurisprudential researches, it was found that the existence of evidence limitations related to the crime of rape in vulnerable victims does not prevent the criminal conviction.

Keywords: Sexual abuse; Children and Teenagers; Law nº 13.431/2017; Jurisprudential review.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 10 fev. 2021.

_____. **Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm Acesso em: 10 fev. 2021.

_____. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

_____. **Lei nº 8.069 de 13 de julho e 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. **Lei nº 13.431 de 04 de abril de 2017.** Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 581.956 – São Paulo.** Agravo regimental no habeas corpus. Writ indeferido liminar-

mente. Pedido contrário à jurisprudência consolidada. Estupro de vulnerável. Absolvição. Desclassificação para importunação sexual. Via incompatível. Regime prisional fechado. Ilegalidade. Ausentes circunstâncias judiciais desabonadoras. Pena fixada no mínimo legal. Agravo parcialmente provido. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, 08 setembro de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/920171662/agrg-no-habeas-corpor-agrg-no-hc-581956-sp-2020-0115332-7> Acesso em: 12 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 312577 – Rio Grande do Norte**. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Estupro de vulnerável. Art. 217-a. Incompetência de juízo da infância e juventude. Inexistência. Tese de insuficiência de provas para a condenação. Necessidade de reapreciação de matéria fático-probatória. Depoimento da vítima e prova testemunhal apta a embasar a condenação. Agravo regimental não provido. Relator Ministro Moura Ribeiro, 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24869899/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-312577-rn-2013-0098882-8-stj/certidao-de-julgamento-24869902> Acesso em: 12 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 584.799 – Goiás**. Agravo regimental no habeas corpus. Estupro de vulnerável. Ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Desclassificação. Art. 215-a do código penal. Impossibilidade. Ressalva de entendimento. Agravo regimental improvido. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. 23 de junho de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/868700855/agravo-regimental-no-habeas-corpor-agrg-no-hc-584799-go-2020-0125368-7> Acesso em: 12 mar 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 490.514 – Rio Grande do Sul**. Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Estupro de vulnerável. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal. Incompatibilidade com a via do writ. Absolvição ou desclassificação da conduta. Revolvimento fático-probatório. Penal. Agravo regimental em habeas corpus. Estupro de vulnerável. Ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Desclassificação para o crime de importunação sexual. Impossibilidade. Violência presumida. Relator Ministro Ribeiro Dantas. 04 de junho de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=%28%28%22490.514%22+E+HC+E+AGRG+E+NO%29%29+E+%2215766+95765065%22.COD.&thesaurus=&p=true>. Acesso em: 13 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 422.635/SP – São Paulo**. Estupro de vulnerável. Ausência de realização de avaliação psicológica da vítima, de sua genitora e do paciente. Alegação de cerceamento de defesa. Não ocorrência. Vítima e genitora que optaram pelo depoimento perante o juízo, dispensando oitiva especial, nos termos da Recomendação n. 33/CNJ. Ausência de oitiva do paciente pe-

rante a psicóloga designada pelo juízo. Prejuízo não demonstrado. Constrangimento ilegal não evidenciado. Relator. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 26 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/870630597/habeas-corporus-hc-422635-sp-2017-0281009-6> Acesso em: 12 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 568.088 – São Paulo**. Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Inadequação da via eleita. Crimes de estupro de vulnerável e ameaça. Indeferimento motivado da produção de laudo psicossocial da vítima e da realização de perícia no local dos fatos. Faculdade do magistrado. Desclassificação para o crime de importunação sexual. Impossibilidade. Precedentes. Reconhecimento da modalidade tentada. Inviabilidade. Prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal com menor de 14 anos. Crime consumado. Inexistência de constrangimento ilegal. Writ não conhecido. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859839238/habeas-corporus-hc-568088-sp-2020-0072942-8/inteiro-teor-859839246> Acesso em: 12 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 478.310 – Pará**. Habeas corpus. Estupro de vulnerável. Qualquer ato de libidinagem. Contato físico direto. Prescindibilidade. Contemplanção lasciva por meio virtual. Suficiência. Ordem denegada. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. 09 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172222732/habeas-corporus-hc-478310-pa-2018-0297641-8/inteiro-teor-1172222743> Acesso em: 12 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1919722/SP**. Agravo Regimental no Recurso Especial 2020/0307577-5. Penal e Processo Penal. Agravo Regimental No Recurso Especial. 1. Estupro de Vulnerável. Resp Repetitivo 1.480.881/PI e Súmula 593/STJ. Particularidades do Caso Concreto. Necessidade de Distinção. 2. Art. 217-a do CP. Simples Presunção de Impossibilidade de Consentir. Critério Meramente Etário. Responsabilidade Penal Subjetiva. Necessidade de Compatibilização. 3. Ausência de Tipicidade Material. Inexistência de Relevância Social. Formação de Núcleo Familiar com Filho. Hipótese de Distinguishing. 4. Condenação que Revela Subversão Do Direito Penal. Colisão Direta com o Princípio Da Dignidade da Pessoa Humana. Prevalência Do Justo. 5. Derrotabilidade Da Norma. Possibilidade Excepcional e Pontual. Precedentes do STF. 6. Ausência De Adequação E Necessidade. Incidência da norma que se revela mais gravosa. Proporcionalidade e Razoabilidade Ausentes. 7. Pretensão acusatória contrária aos anseios da vítima. Vitimização Secundária. Desestruturação de Entidade Familiar. Ofensa maior à dignidade da vítima. 8. Princípios Constitucionais. Necessidade de Ponderação. Intervenção na nova unidade familiar. Situação muito mais prejudicial que a conduta em si. 9. Existência de união estável com filho. Absoluta proteção da família e do menor. Absolvição Penal que

se impõe. Atipicidade material reconhecida. 10. Agravo Regimental a que se nega provimento. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=202003075775> Acesso em: 30 ago. 2021.

CARVALHO, Fernando Luz; PAIVA, Leila; ROSENO, Renato. **Estudo Proteger e Responsabilizar**. O desafio da resposta da sociedade e do Estado quando a vítima da violência sexual é criança ou adolescente. Brasília: Comitê Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, 2007.

CEARÁ. **Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**. Penal e processual penal. Apelação criminal. Crime contra a liberdade sexual. Atentado violento ao pudor. Vítima menor de 14 anos. Crime continuado. Art. 214 c/c art. 224, a c/c art. 71, todos do cp. Absolvição. Desclassificação para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor. Descabimento. Materialidade e autoria delitiva comprovadas. Regime prisional inicial fechado. Pena de 7 anos de reclusão. Ausência de motivação para aplicação de regime mais gravoso. Retificação para o regime semiaberto. Recurso conhecido e parcialmente provido. Relatora Desembargadora Ligia Andrade de Alencar Magalhães. 06 de outubro de 2020. Disponível em: <https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/941020955/apelacao-criminal-apr-110353420088060001-ce-0011035-342008806000.1> Acesso em: 12 mar. 2021.

COSTA, Anna Gabriella Pinto da. Os 30 compromissos da infância e da juventude: Ministério Público cearense e a defesa de direitos de crianças e adolescentes. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; SPOSATO, Karyna Batista; FREITAS, Raquel Coelho de. (Orgs). (Org.). **A Luta pela Proteção Integral**: Edição comemorativa dos 30 anos do ECA. 1ed.Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020, v., p. 181-200.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte especial (arts.121 ao 361) 12. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Processo penal juvenil**: a garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa. São Paulo: Malheiros, 2006.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**, vol 3: parte especial, arts. 213 a 359H – 7. Ed. ver, atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense São Paulo: Método, 2017.

MOCELIN, Márcia Regina. **Adolescência em Conflito com a Lei ou a Lei em Conflito com a Adolescência**. Paraná: Appris, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PINHEIRO, Ângela. **Criança e adolescente no Brasil**: porque o abismo entre a lei e a realidade. Fortaleza: Editora UFC, 2006.

VALSANI, Anna Gesteira Bäuerlein Lerche. MATOSINHOS, Izabella Drumond. Depoimento sem dano e as inovações trazidas pela Lei nº 13.431/2017. **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará** – Ano 9, nº 2 (Jul./Dez. 2017)